

A. I. N° - 299131.0010/23-5
AUTUADO - BOTICÁRIO PRODUTOS DE BELEZA LTDA
AUTUANTE - LUIZ MORAES DE ALMEIDA JÚNIOR
ORIGEM - DAT NORTE / INFAZ CENTRO NORTE
PUBLICAÇÃO - INTERNET – 27/08/2024

6ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N°. 0225-06/24-VD

EMENTA: ICMS. 1. RECOLHIMENTO A MENOR DO IMPOSTO. APLICAÇÃO DE ALÍQUOTA DIVERSA DA PREVISTA NA LEGISLAÇÃO. Diante da comprovação por parte da autuada de ter tributado corretamente parte das operações, através de ajuste de débito do imposto incidente sobre operações tributadas a 7%, em sua escrituração fiscal, fato reconhecido pelo próprio autuante, a acusação foi parcialmente elidida. Reconhecimento quanto a justeza da cobrança quanto as operações de e-commerce realizadas sob o CFOP 3303. Prejudicado o pleito para realização de diligência. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração ora apreciado foi lavrado em 13 de agosto de 2023 e refere-se à cobrança de ICMS no valor de R\$ 433.072,04, além de multa de 60% pela constatação da seguinte infração:

003.002.002. Recolheu a menor ICMS em razão de aplicação de alíquota diversa da prevista na legislação nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas, fato constatado nos meses de agosto a dezembro de 2018 e março a dezembro de 2020. Informa o autuante: “Débito a menor – Erro na aplicação da alíquota (CFOP vs. UF)”.

Tempestivamente, a autuada, por sua advogada, constituída nos termos do instrumento de fl. 34, apresentou impugnação ao lançamento constante às fls. 27 a 32, onde alega, após síntese da autuação, inicialmente, ser a impugnante empresa tradicional no segmento de perfumaria e cosméticos listando seu objeto social, e que no exercício deste seu objeto social, realiza operações de aquisição e venda de mercadorias, relativamente às quais há incidência do ICMS sob as alíquotas, acréscimos e descontos, estabelecidas pela Lei 7.014/96, artigos 15, 16 e 16-A, reproduzidos.

Indica que em sua apuração, a Fiscalização considerou recolhimento a menor em razão de aplicação de alíquota diversa da prevista, em razão do contribuinte não ter aplicado o adicional de 2% do Fundo Estadual de Combate e Erradicação da Pobreza – FECEP. Aponta que nesta apuração, deveria ser considerada não só a diferença relativa ao FECEP, mas também todos os demais ajustes complementares a débito decorrentes das operações praticadas pela empresa.

Reconhece que, com efeito, realizou operações com CFOP 5102, que seriam vendas pelo e-commerce, mas foram tratadas como operação normal (Doc. 03). Aduz que ainda que pudesse ter emitido Nota Fiscal complementar, essa não emissão não gerou prejuízo na apuração do tributo efetivamente devido, e ademais, não foi promovido o ajuste de débito do imposto incidente na operação de venda interna, à alíquota de 7%.

Considerando todos esses ajustes, o valor principal da diferença de imposto incidente sobre as operações fiscalizadas seria de R\$ 131.071,85 (cento e trinta e um mil, setenta e um reais e oitenta e cinco centavos), os quais serão recolhidos, com juntada posterior do comprovante respectivo nestes autos. A apuração destes ajustes consta do arquivo 'xls' da mídia em anexo (Doc. 04).

Em assim sendo, não há que se falar em diferença de ICMS a recolher, em razão de apuração com alíquota diversa da devida, relativamente à diferença apurada, sendo mister o reconhecimento da improcedência do lançamento. Em vista do exposto, protesta pelo acatamento incólume da presente defesa, requerendo:

a) lhe sejam deferidos todos os meios de provas admitidas em direito, com a juntada posterior dos documentos que se fizerem necessários, bem como a eventual realização de Revisão Fiscal, efetuada por estranho ao feito, através da ASTEC do CONSEF, sob pena de cerceamento ao direito de defesa, nos termos do artigo 5º da Constituição Federal;

b) que seja julgado totalmente improcedente o lançamento objeto do Auto de Infração, como efetivamente o é, afastando-se a cobrança do imposto e da penalidade imposta. Protesta pela juntada posterior de instrumento de mandato, regularizando sua representação processual, nos termos do artigo 104, § 1º do CPC. Por fim, requer que todas as intimações referentes a este Processo Administrativo Fiscal sejam encaminhadas ao endereço de seus Patronos indicado. Acostou documentos de fls. 57 a 60 que comprovariam suas alegações. Consta às fls. 64 e 65, Documento de Arrecadação Estadual, bem como comprovante bancário de recolhimento do valor reconhecido, acrescido dos consectários legais.

Informação Fiscal prestada pelo autuante às fls. 69 a 71, após resumir a acusação e os pontos defensivos, indica que examinando os livros fiscais de Apuração do ICMS dos anos de 2018 e 2020, nota que, de fato, não observou que o autuado havia efetuado os ajustes a débito a título de complementação do ICMS 7%, conforme especificado no artigo 16, inciso I, alínea "c", da Lei 7.014/96 os quais, à época, foram devidamente lançados nos respectivos livros, dos quais anexa cópias a este processo, às folhas 72 a 83. Aponta que tais lançamentos estão mencionados nos livros com as seguintes descrições:

- Complemento de ICMS de 7% sobre vendas internas NCM 3303;
- Complemento de Débito CFOP 5102;
- Outros Débitos CFOP 5102;

Portanto, levando-se em conta os ajustes a débito que não foram considerados no montante da infração, elaborou nova planilha com todos os valores que deveriam constar nos cálculos de apuração da infração, podendo ser verificado que tais ajustes reduziram significativamente o valor da infração, que passou de R\$ 433.072,04 para o novo valor de R\$ 131.071,85 (sem a multa e correção), de acordo com a tabela anexa à folha 84.

Conclui no sentido de que após analisar a contestação apresentada pelo autuado (fls. 27 a 62) e, confirmando que houve um descuido da sua parte, que não observou que o autuado havia feito os ajustes devidos, os quais influenciaram nos valores cobrados no Auto de Infração, solicita a este Conselho que considere a alegação da defesa.

Lembra ainda que o autuado, após os ajustes de cálculo no valor da infração, efetuou no dia 27/10/2023 o recolhimento do DAE no valor remanescente e ajustado da infração, no montante de R\$ 176.664,79 (já inclusos o acréscimo moratório e multa), conforme fls. 64 e 65, o que, em seu entendimento, finaliza o processo. Diante das alterações efetuadas, encaminha o feito para

análise e considerações desse Conselho. Acostou documentos e novo demonstrativo de fls. 73 a 85.

Em 28/11/2023, a defesa protocolou petição, para juntada do instrumento de mandato anexado, regularizando sua representação e ratificando todos os atos anteriormente praticados (fls. 88 a 90). Encaminhado para o autuante, este manifesta concordância com a documentação apresentada (fl. 106).

Os autos foram encaminhados para o CONSEF em 22/02/2024 (fl. 103), recebidos neste órgão em 27/02/2024 (fl. 103-v) e distribuídos para este relator sem qualquer despacho, sendo devidamente instruídos e considerados aptos a serem levados a julgamento.

VOTO

O presente lançamento constitui-se em uma infração arrolada pela fiscalização, objeto de impugnação por parte da empresa autuada. Consta à fl. 05 dos autos, a formalização do procedimento fiscalização, através da Ordem de Serviço 500674/23, que embasa a ação fiscal.

Já na fl. 08, tem-se a formalização dos trabalhos fiscais, diante da transmissão pelo Domicílio Tributário Eletrônico, de Termo de Início de Fiscalização, cuja ciência se deu em 02/05/2023, de forma expressa, pela leitura. Em 26/06/2023, os trabalhos de fiscalização foram prorrogados, sendo o contribuinte cientificado também pelo Domicílio Tributário Eletrônico, como se vê à fl. 09.

Já a ciência da autuação, com a entrega dos demonstrativos que sustentam o Auto de Infração lavrado se deu em 28/08/2023, pela leitura da mensagem com número de documento 2991310010235, encaminhada ainda pelo Domicílio Tributário Eletrônico (fls. 24 e 25). A memória de cálculo da autuação, com os elementos, documentos e demonstrativos elaborados, se encontra impressa de forma amostral às fls. 10 a 21 e em formato digital na mídia de fl. 22.

O autuante quando do lançamento, descreveu com precisão a infração cometida, apontando a conduta praticada pelo contribuinte e tida como contrária à norma legal, os artigos infringidos, a base legal para imposição e aplicação da multa sugerida, os prazos para interposição de defesa, ou usufruto do benefício de redução do percentual de multa por infração, além de indicar o sujeito passivo, tudo em conformidade com a disposição contida nos artigos 142 do CTN, 129 do COTEB e 39 do RPAF/99, preenchendo, pois, todos os requisitos de validade sob o aspecto formal.

A empresa autuada compareceu ao processo, exercendo de forma irrestrita o seu direito de ampla defesa, prova disso é que abordou aspectos da infração que entendia lhe amparar, trazendo fatos, documentos e argumentos que ao seu entender elidiriam a mesma, e exercendo sem qualquer restrição o contraditório, que serão analisados em seu devido tempo, sob a forma da precisa e objetiva peça de impugnação.

Inexistem questões preliminares a serem apreciadas, motivo e razão pela qual adentro na análise de mérito da autuação que se embasa no recolhimento a menor do ICMS quando da realização de operações tributadas, onde foi aplicada alíquota menor do que a devida.

Todavia, antes aprecio questão prejudicial colocada pela defesa, quanto ao pedido para realização de diligência por estranho ao feito, o qual entendo prejudicado, pelo fato não só do posicionamento exarado pelo autuante em sede de informação fiscal, como, igualmente, pela revisão realizada, conforme explicitada naquele momento processual, o que resultou, inclusive, o acolhimento das razões defensivas trazidas e posicionamento pela procedência parcial da autuação a ser apreciada ainda no desenvolvimento deste voto.

A acusação se pauta, como já observado, pelo recolhimento a menor do ICMS, por realizar operações com produtos tributáveis onde teria a autuada aplicado alíquota menor do que a devida. A base legal indicada pelo autuante seria os artigos 15, 16 e 16-A da Lei 7.014/96. O artigo 15, trata das alíquotas do imposto aplicadas nas operações,

“Art. 15. As alíquotas do ICMS são as seguintes:

I - 18% (dezoito por cento):

a) nas operações e prestações internas, em que o remetente ou prestador e o destinatário da mercadoria, bem ou serviço estejam situados neste Estado”. (redação da época dos fatos geradores).

“Art. 16. Não se aplicará o disposto no inciso I do artigo anterior, quando se tratar das mercadorias e dos serviços a seguir designados, cujas alíquotas são as seguintes:

I - 7% (sete por cento) nas operações com...”.

“Art. 16-A. As alíquotas incidentes nas operações e prestações indicadas no inciso I do art. 15, com os produtos e serviços relacionados nos incisos II, IV, V e VII do art. 16, serão adicionadas de dois pontos percentuais, cuja arrecadação será inteiramente vinculada ao Fundo Estadual de Combate e Erradicação da Pobreza”.

Pela planilha apensada na mídia de fl. 22, elaborada pelo autuante, se observa que, efetivamente, a empresa autuada deixou de recolher a totalidade do imposto devido em decorrência da realização de operações tributadas, ensejando os apontamentos dos valores da coluna “S” do demonstrativo. Ou seja, o autuante entendeu que aquelas operações não deveriam ser tributadas como o foram, mas com alíquota a maior, o que ensejou as diferenças apontadas.

Todavia, na impugnação apresentada, a autuada, de forma cabal e cristalina, indicou ter realizado ajustes quanto a tributação, através de lançamento a débito das diferenças devidas e especialmente em relação às operações de CFOP 5102, que seriam vendas pelo e-commerce, mas foram tratadas como operação normal, reconhece o equívoco cometido, na forma da documentação inserida no Doc. 03.

O autuante, quando de sua intervenção, ao analisar os argumentos da defesa, os acolhe, reduzindo o montante entendido como devido, que coincide com o valor apontado pela defesa, que, inclusive, recolheu tal montante reconhecido. Resta ao julgador apenas analisar os elementos coligidos ao feito, para comprovação dos fatos mencionados.

Da avaliação dos documentos contidos às fls. 73 a 84-v, que foram extraídos do SPED Fiscal, conforme ali indicado, se confirma o fato de ter a empresa autuada, efetivamente, lançado a débitos a título de “*outros débitos – ocorrências não especificadas anteriormente - ICMS*”, valores correspondentes a complemento do ICMS de 7% sobre vendas internas, de produtos de NCM 3303, que se relaciona a “*Perfumes e Águas-de-Colônia*”, na forma enumerada na TIPI. Tal fato, confirma a assertiva defensiva.

Já as Notas Fiscais de fls. 57 a 60 dizem respeito a operações com consumidores finais realizadas na modalidade de e-commerce, no qual os destinatários estão devidamente caracterizados como tal, pela indicação do CPF, sem possuírem inscrição estadual, na forma de consulta realizada no endereço eletrônico da Receita Federal do Brasil e da SEFAZ/BA, o que suporta a alegação do autuante, quanto ao valor remanescente.

Desta maneira, à vista do reconhecimento e comprovação pelo contribuinte do cometimento parcial dos fatos acusados, bem como em função do reconhecimento pelo autuante do lançamento a débito na escrita fiscal, da diferença do ICMS devido em parte das operações tidas

como de recolhimento a menor do imposto, e o recolhimento do valor apontado, a lide deixou de existir, cabendo apenas após as verificações realizadas a confirmação dos argumentos, tanto da defesa, como do autuante, o que agora se faz.

Nos meses em que inexistiu o ajuste a débito na escrita fiscal do contribuinte, os valores lançados foram mantidos, enquanto ocorrendo ajustes em valores inferiores aos devidos, os montantes foram reduzidos.

Desta forma, pelos motivos expostos ao longo do presente voto, o Auto de Infração é julgado parcialmente subsistente em R\$ 131.071,85, fato até mesmo reconhecido pelo autuante em sede de Informação Fiscal, reitero, de acordo com o seguinte demonstrativo, resumo daquele inserido à fl. 85, quando da Informação Fiscal prestada.

2018

Agosto	R\$ 11.228,90
Setembro	R\$ 15.197,00
Outubro	R\$ 7.196,86
Novembro	R\$ 44.064,04
Dezembro	R\$ 0,00

2020

Janeiro	R\$ 0,00
Março	R\$ 181,12
Abril	R\$ 24.221,25
Maio	R\$ 0,00
Junho	R\$ 0,00
Julho	R\$ 0,00
Agosto	R\$ 28.982,68
Setembro	R\$ 0,00
Outubro	R\$ 0,00
Novembro	R\$ 0,00
Dezembro	R\$ 0,00

Em relação ao pleito defensivo para que as comunicações e intimações fossem feitas na pessoa de seus advogados, nada impede que tal prática se efetive, e que as intimações possam ser encaminhadas, como o foram, bem como as demais comunicações concernentes ao andamento deste processo para o endereço apontado.

Contudo, o não atendimento a tal solicitação não caracteriza nulidade do Auto de Infração lavrado, uma vez que a forma de intimação ou ciência da tramitação dos processos ao sujeito passivo encontra-se prevista nos artigos 108 a 110 do RPAF/99, os quais guardam e respeitam o quanto estabelecido no Código Tributário Nacional, em seu artigo 127, estipulando como regra, a eleição do domicílio tributário pelo sujeito passivo.

Com a instituição do Domicílio Tributário Eletrônico, instrumento inclusive utilizado para a ciência do início da ação fiscal, consoante relatado, com ciência do lançamento ao autuado, a comunicação entre a Secretaria da Fazenda e o contribuinte passou a utilizar este canal, dispensando qualquer outro meio, sendo a sua instituição feita pela Lei 13.199 de 28/11/2014, a qual que alterou o Código Tributário do Estado da Bahia no seu artigo 127–D.

Através de tal mecanismo, a SEFAZ estabelece uma comunicação eletrônica com seus contribuintes para, dentre outras finalidades, encaminhar avisos, intimações, notificações e cientificá-los de quaisquer tipos de atos administrativos, não sendo nenhuma novidade tal

sistemática, até pelo fato de o processo eletrônico já ser corriqueiramente adotado por diversos órgãos, inclusive o Poder Judiciário.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 6ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº. **299131.0010/23-5**, lavrado contra **BOTICÁRIO PRODUTOS DE BELEZA LTDA.**, devendo ser o contribuinte intimado a tomar conhecimento da presente decisão que julgou devido ICMS no valor de **R\$ 131.071,85**, acrescido da multa de 60% prevista no artigo 42, inciso II, alínea “a”, da Lei 7.014/96, além dos acréscimos legais, devendo ser homologado pelo órgão fazendário competente, os valores recolhidos.

Esta Junta de Julgamento Fiscal Recorre de Ofício da presente Decisão para uma das Câmaras do CONSEF, nos termos do artigo 169, inciso II, alínea “a” do RPAF/99, na redação do Decreto 18.558/18, vigente a partir de 18/08/18.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 27 de agosto de 2024.

VALTÉRCIO SERPA JÚNIOR – PRESIDENTE/RELATOR

EDUARDO VELOSO DOS REIS – JULGADOR

LUIZ ALBERTO AMARAL DE OLIVEIRA - JULGADOR